Besitzerwerb und Besitzerhaltung

durch

Stellvertreter

nach gemeinem Recht und nach dem Rechte

des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Universität

Rostock

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt

von

Richard Heinrichs,

Referendar aus Saarbrücken.

Saarbrücken.

Druck von Gebrüder Hofer.

1900.

Besitzerwerb und Besitzerhaltung

durch

Stellvertreter

nach gemeinem Recht und nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Universität

Rostock

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt

von

Richard Heinrichs,

Referendar aus Saarbrücken.

Saarbrücken.
Druck von Gebrüder Hofer.

1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552717_0029

Seinen teuren Eltern

in Dankbarkeit und Liebe

gewidmet.

Benutzte Litteratur.

Aufsätze von *Ihering* und *Scheurl* in Iherings Jahrbüchern.

Baron, Pandekten.

Bartels, Gruch. Beiträge, B. 42, S. 645 ff.

Bekker, der Besitz beweglicher Sachen. Nach der 2. Lesung des Entwurfs eines B. G. B. f. d. deutsche Reich, in Iherings Jahrbücher f. Dogm., Bd. 34, S. 1 ff. Jena 1895.

Bendix, das deutsche Privatrecht.

Buchka, bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht.

Bunsen, Einführung in das B. G. B.

Biermann, Kommentar zum B. G. B.

Cosack, Handelsrecht.

„ , Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. Abt., Sachenrecht. Jena 1899.

Dernburg, bürgerliches Recht.

Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B., 2. Bd. Berlin 1898.

Exner, Rechtserwerb durch Tradition.

Frank, der Besitzwille nach B. G. B. Bonn 1898.

Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht. 1888.

Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines B. G. B., herausgegeben im Auftrage des deutschen Anwalt-Vereins, Heft 9: der Besitz, S. 747. Berlin 1889.

Haidlen, bürgerliches Gesetzbuch.

Harburger, constitutum possessorium im römischen und heutigen Recht.

Hauser, Stellvertretung im Besitz.

Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb.

Klein, der mittelbare Besitz des B. G. B. Inaug. Dissert. 1899.

Kniep, der Besitz des bürgerl. Gesetzbuches. Jena 1900.

Mathiass, Lehrbuch des bürgerl. Gesetzbuches. II. Bd., 3. Auflage

Meischeider, Besitz und Besitzschutz.

Mitteis, Stellvertretung.

Motive zum Entwurfe eines B. G. B. 3. Bd. 1896.

Pöckel, „kann von demjenigen, welcher nicht selbst Besitzer, sondern nur Stellvertreter eines Besitzers ist, durch constitut. possess. der Besitz einer Sache auf einen andern übertragen werden?“ Erlangen. Inaug. Dissert. 1892.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des B. G. B. 3. Bd. 1899.

Puchta, kleine civilistische Schriften.

Randa, der Besitz nach österr. Rechte.

Schlossmann, Besitzerwerb durch Dritte.

Schuppe, das Recht des Besitzes. Breslau 1891.

Staudinger, Kommentar zum B. G. B. 2. Lieferung, Sachenrecht. München 1898.

Strohal, der Sachbesitz nach B. G. B. Jena 1897.

Vangerow, Pandekten.

Wendt, Besitz und Innehabung, im Arch. f. d. civil. Praxis. Bd. 74, S. 135 ff. Freiburg 1889.

Windscheid, Pandekten.

Disposition.

A. Einleitung: Stellvertretung . . . . . § 1.

B. Ausführung.

I. Abschnitt.

Besitz und Besitzerwerb im Allgemeinem nach gemeinem Recht und nach dem B. G. B. . . . . § 2.

II. Abschnitt. Gemeines Recht.

1. Besitzerwerb durch Stellvertreter.

a) Erfordernisse in der Person des Vertreters § 3.

b) Erfordernisse in der Person des Vertretenen § 4.

c) Erfordernisse in der Person des Tradenten § 5.

d) Besondere Fälle

α) das constitutum possessorium . . . . § 6.

β) Einfluss des wesentlichen Irrtums . . § 7.

2. Besitzerhaltung durch Stellvertreter . . . . . § 8.

a) Besitzverlust durch Ereignisse in der Person des Vertretenen,

b) Besitzverlust durch Ereignisse in der Person des Vertreters,

α) solche, an welchen er passiv beteiligt ist,

β) solche, an welchen er aktiv beteiligt ist.

III. Abschnitt. B. G. B.

1. Stellvertretung im Besitzerwerb und in der Besitzerhaltung,

a) des unmittelbaren Besitzes . . . . . § 9.

b) des mittelbaren Besitzes . . . . . § 10.

C. Schluss. Ergebnis . . . . . § 11.

A. Einleitung: Stellvertretung.

§ 1.

Stellvertreter im weitesten Sinne ist derjenige, welcher fremde Rechtshandlungen vornimmt.

Im juristischen Sinne ist der Begriff „Stellvertretung" ein bedeutend enger. Danach ist Stellvertreter nur, wer bei Vornahme der fremden Rechtshandlung seinen eigenen Willen bildet, wer den Entschluss selbst fasst. Dagegen nicht derjenige, welcher bloss den Willen eines andern bei der Rechtshandlung äussert. Der Stellvertreter hat seine Handlungsweise und seinen Willen darauf zu richten, für einen andern die Rechtshandlung vorzunehmen; es wird durch seinen Willen der Wille des Vertretenen ergänzt, er selber ist Urheber der von ihm abgegebenen Willensäusserung. Daher ist nicht Stellvertreter, wer nur durch thatsächliche Dienstleistung beim Abschlusse des Geschäfts thätig wird, wie der Bote; dieser überbringt nur den Entschluss des Geschäftsherrn, er ist daher dessen Gehilfe, sein verlängerter Arm. *)

Bei der Stellvertretung sind nach der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie wieder zwei Fälle zu unterscheiden.

1. Der Vertreter nimmt die Rechtshandlung ausdrücklich im Namen des Vertretenen vor, oder doch so,

*) Ihering, Bd. I, pg. 275: „Stellvertreter ist der, welcher eine spezifisch, juristische Handlung, Gehülfe, wer faktische Dienstleistungen auszurichten hat". Windscheid, Bd. I, § 73, Anm. 2 dagegen unterscheidet Stellvertreter „im Willen" und Stellvertreter „in der Erklärung". Siehe auch Cosack, Lehrb. d. deutsch. bürgerl. Rechts, Bd. I, § 66.

dass aus den Umständen der Vertretene der Gegenseite als Geschäftspartei erkennbar wird (unmittelbare, offene, direkte Stellvertretung).

2. Der Vertreter nimmt die Rechtshandlung in seinem eigenen Namen, aber für fremde Rechnung vor (mittelbare, verdeckte, stille, indirekte Stellvertretung). *)

Im ersten Falle wird der Vertretene direkt mit Vornahme der Rechtshandlung berechtigt und verpflichtet; dagegen im zweiten Falle der Vertreter und muss, wenn ein Stellvertretungsverhältnis aufrecht erhalten werden soll, der ganze Erfolg des Rechtsgeschäfts in Vorteil und Nachteil auf den Vertretenen übertragen werden.

Von grosser Wichtigkeit und zum besseren Verständnisse des Späteren insbesondere zur richtigen Würdigung der für die Abhandlung inbetracht kommenden römischen Quellenstellen wäre es, wenn wir auf die geschichtliche Entwickelung der Stellvertretung im römischen und im gemeinen Rechte eingehen könnten, aber dieses würde zu umfangreich sein und uns über den Rahmen der Abhandlung hinausbringen.

Bemerkt sei nur, dass die Stellvertretung sich im Laufe der Zeit dahin entwickelt hat, dass das gemeine Recht neben der dem römischen und deutschen Rechte — von wenigen Ausnahmen abgesehen — allein bekannten indirekten Stellvertretung auch eine direkte kennt.

Die indirekte Stellvertretung tritt hauptsächlich im Handelsrechte beim Kommissionsgeschäfte hervor. Der Kommissionär treibt gewerbemässig Handelsgeschäfte in eigenem Namen für fremde Rechnung. Bei der mittelbaren Stellvertretung ist das Stellvertretungsverhältnis,

*) Ihering ist in der Scheidung der unter 1 und 2 aufgeführten Fälle noch weiter gegangen, er kennt nur eine Stellvertretung. So nennt er den sub 1 erwähnten Fall; für den Fall sub 2 gebraucht er den Ausdruck „Ersatzmann".

wie schon gesagt, dem dritten Contrahenten nicht bekannt, es äussert sich nur lediglich zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen. Eine unmittelbare oder direkte Stellvertretung ist nach der herrschenden Ansicht bei allen Rechtsgeschäften unter Lebenden möglich.*)

Notwendige Voraussetzung der direkten Stellvertretung ist, dass der Vertreter den Willen hat, den Geschäftsherrn zu vertreten, daher können Geisteskranke und Kinder nicht Stellvertreter sein. Ausserdem muss der Vertreter zur Vornahme des Rechtsgeschäfts durch Gesetz oder Vollmacht befugt sein. Nimmt er eine Rechtshandlung ohne die gesetzliche oder vertragliche Vertretungsmacht vor, so ist das Geschäft solange in der Schwebe, bis die Genehmigung erteilt oder versagt ist.

Das bürgerliche Gesetzbuch gebraucht für den gemeinrechtlich mit „Stellvertretung" bezeichneten Begriff den technischen Ausdruck „Vertretung" (siehe Buch I, Abschnitt III, Titel 5). Darunter begreift es aber bloss den oben unter Nr. 1 bezeichneten Fall der direkten oder unmittelbaren Stellvertretung. Dies ergiebt sich aus dem Wortlaut des § 164, Abs. 1, Satz 1 des B. G. B.: „Eine Willenserklärung, die Jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgiebt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen". Daraus geht natürlich nicht hervor, dass nach B. G. B. eine indirekte Stellvertretung ausgeschlossen ist, vielmehr bleibt dieselbe auch nach B. G. B. besonders für das Gebiet des Handelsrechts in weitem Umfange aufrecht erhalten. Nur war für dieses Institut eine besondere Gesetzesvorschrift unnötig, weil die Wirkungen der indirekten Stellvertretung, Berechtigung und Verpflichtung bloss des Vertreters nicht des Vertretenen und blosse obligatorische Verpflichtung des Vertretenen dem Vertreter gegenüber, schon aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich folgern lassen.

*) Siehe R. G., Bd. 2, S. 167.

Die Wirkung der Vertretung des B. G. B. ist dieselbe wie die der direkten Stellvertretung des gemeinen Rechts, nämlich alleinige und unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung des Vertretenen. Die Vertretungsmacht beruht nach B. G. B. entweder auf Gesetz (Vater, Vormund u. s. w.) oder ist durch Rechtsgeschäft erteilt. Die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht heisst Vollmacht (§ 166, Abs. 2).

Wie schon angedeutet, hat der Fall der gemeinrechtlichen indirekten Stellvertretung keine besonderen juristische Wirkungen, vielmehr ist bei derselben, um den Vertretenen zu berechtigen, ein weiteres Rechtsgeschäft zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter erforderlich und eine Verpflichtung des Vertretenen gegenüber der andern Partei ist überhaupt nicht vorhanden. Deshalb hat auch der Besitzerwerb durch einen mittelbaren Stellvertreter nichts von den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen Abweichendes an sich. Hier erwirbt der Vertreter zunächst den Besitz, der Vertretene erwirbt ihn erst auf Grund eines zweiten von dem ersten an und für sich unabhängigen Übertragungsaktes, zu dessen Vornahme der Vertreter bloss obligatorisch verpflichtet ist. Mit diesem Satze ist der Besitzerwerb und die Besitzerhaltung durch den indirekten Stellvertreter des gemeinen Rechts abgethan und zugleich eine Begründung dafür gegeben, dass der Verfasser in den beiden Abschnitten II und III nur den Besitzerwerb und die Besitzerhaltung durch den direkten Stellvertreter des gemeinen Rechts resp. den Vertreter des B. G. B. behandelt.

B. Ausführung.

I. Abschnitt.

Besitz und Besitzerwerb im Allgemeinen nach gemeinem Recht und nach dem B. G. B.

§ 2.

Adipiscimur possessionem animo et corpore (L. 3, § 1, L. 8 D. de acq. vel amitt. possess. 41. 2) — Der Besitz wird gemeinrechtlich dadurch erworben, dass zugleich mit dem Besitzwillen die thatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache vorhanden ist. Daraus ergibt sich, dass der Besitz die thatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache ist verbunden mit dem Willen dieser Person, die Sache vollständig für sich zu haben. Demnach müssen zwei Elemente zur Begründung des Besitzes zusammentreffen:

1. Die Annahme des Besitzwillens (animus). Darunter versteht man den Willen, die Sache so zu haben, wie sie ein Eigentümer haben darf, sogenannter animus domini. Fehlt dieser animus domini, so liegt kein juristischer Besitz nach gemeinem Rechte vor. Derjenige, welcher in diesem Falle die thatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, ist nicht juristischer Besitzer, sondern blosser Detentor in fremdem Namen. Nur drei Ausnahmen von dem Erfordernisse des animus domini kennt das römische Recht, die nach Savigny sogenannten Fälle des abgeleiteten Besitzes, nämlich die Fälle des Precariums, der Sequestration und des Faustpfandes.
2. Die Herstellung der thatsächlichen Gewalt einer Person über eine Sache (corpus) ist das zweite Element des Besitzes. Die Handlung, wodurch diese Herrschaft hergestellt wird, nennt man Besitzergreifung (apprehensio). Hatte die Sache bereits vorher einen Besitzer, mit dessen Willen die jetzige

Besitzergreifung geschieht, so nennt man sie Übergabe oder Tradition; Occupation heisst sie a) wenn die Sache bisher keinen Besitzer hatte, b) wenn die jetzige Besitzergreifung ohne den Willen des bisherigen Besitzers geschieht.

Nach bisherigem Rechte war ein Besitz möglich auch an unkörperlichen Gütern, so z. B. am Adel, an Reallasten, an Dienstbarkeiten u. s. w., welcher mit „Rechtsbesitz" bezeichnet wurde. Das B. G. B. ist auf diesem Standpunkte nicht stehen geblieben, sondern spricht nur von einem Besitz an (körperlichen) Sachen, welche beweglich oder unbeweglich sein können.

Des Besitzes fähig ist nach der herrschenden gemeinrechtlichen Ansicht jeder, der des Eigentums fähig ist, d. h. jeder, der sich durch Verträge verpflichten kann, also rechtsfähig ist.

Der Besitz dauert solange fort, als der Besitzer die Sache in eigenem Namen so behandelt, wie der Eigentümer es zu thun pflegt. Er geht verloren, wenn er die Sache einem andern übergibt, oder wenn er stirbt. Letzterer Satz, der durch L. 23 pr., L. 30, § 5 D. h. t. 41, 2 belegt wird, heisst mit andern Worten: „der Besitz ist nach römischem Rechte nicht vererblich".

Die Besitzlehre des 1. Entwurfs des B. G. B. war noch ganz auf der Grundlage des gemeinen Rechts aufgebaut. Sie beruhte im Wesentlichen noch auf der künstlichen Unterscheidung zwischen Besitz und Detention (Innehabung). Der 2. Entwurf aber schuf ein neues Besitzrecht, welches sich an keines der bisherigen Rechtssysteme anschliesst, sondern seine Grundlagen der Auffassung des gewöhnlichen Lebens und des Verkehrs entnimmt und deshalb im Vergleiche mit den in den früheren Rechtssystemen so sehr verwickelten Besitzlehre besonders für die Praxis wesentlich einfacher ist. Aus diesen Sätzen geht hervor, dass die das Recht des 1. Entwurfes erläuternden Motive zum B. G. B. wie in

der gesamten Besitzlehre, so auch bei der Bearbeitung unseres Themas nur mit allergrösster Vorsicht zu benutzen sind. Denn gerade das, was in der Lehre neu ist und die hauptsächlichsten Abweichungen vom gemeinen Rechte nach sich zieht, ist erst auf Anregung der fast einhelligen Kritik des 1. Entwurfes in unser Gesetzbuch übergegangen. Die Motive sind daher recht wenig benutzt. Dagegen finden sich wichtige Anhaltspunkte in den Protokollen der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs für das B. G. B. Seite 33—35, worin als hauptsächlichste Neuerungen gegenüber dem 1. Entwurfe unter anderem die Aufgabe des Besitzwillens als Erfordernis des Besitzerwerbs (Seite 30) beurkundet sind.

Eine Definition des Besitzes gibt das B. G. B. nicht. Es beginnt seine Besitzlehre mit der Beantwortung der Frage: Wie wird der Besitz erworben? Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben (§ 854, Abs. 1). Dieser Paragraph bedarf der näheren Erläuterung.

1. Zum Besitzerwerb genügt die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über eine Sache. Was thatsächliche Gewalt ist, sagt das B. G. B. ebenfalls nicht. Nach den Protokollen S. 29 soll das massgebende Kriterium darin zu finden sein, ob der Besitzer im Stande ist, dritte von seinem Machtbereiche auszuschliessen. Danach ist die thatsächliche Gewalt des B. G. B. im Effekte identisch mit dem corpus des gemeinen Rechts und setzt also eine Handlung des Erwerbers, die sogenannte Besitzergreifung in der Regel voraus. Doch ist keine körperliche Ergreifung nötig, vielmehr genügt es, wenn die Person nach den Anschauungen des Lebens und Verkehrs unter freier Würdigung der verschiedenen Thatbestände die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit hat, nach Belieben auf die

Sache einzuwirken und jede fremde Einwirkung auszuschliessen.

2. Der Besitzwille, der gemeinrechtliche animus, ist von dem B. G. B. als Erfordernis des Besitzerwerbs fallen gelassen. Es gilt also auch der blosse Detentor des gemeinen Rechts z. B. der Mieter, der Pächter (siehe § 868 B. G. B.) ebenso als Besitzer, wie derjenige, der die Sache zu Eigentum besitzen will. Aus dem Aufgeben des Besitzwillens darf aber nicht geschlossen werden, wie der blosse Wortlaut des § 854, Abs. 1 erscheinen lässt, dass der Wille des Erwerbers nach dem B. G. B. bei dem Besitze ohne jede Bedeutung sei. Dies würde zu ganz unsinnigen Ergebnissen führen. Z. B. wäre ich dann als Besitzer des in meinem Grundstücke noch unentdeckten Schatzes anzusehen, oder es könnte überhaupt ein Besitz mir aufgenötigt werden, den ich nicht haben will. Der Standpunkt, den das B. G. B. einnimmt und der sich aus den Protokollen S. 30 ergibt, ist vielmehr folgender: In den zahlreichsten Fällen ist nach Lage der Sache die Herstellung der thatsächlichen Gewalt ohne einen darauf gerichteten Willen nicht möglich. In diesen Fällen ist also die Aufstellung eines auf die Erlangung der thatsächlichen Gewalt gerichteten Willens im Gesetz als Erfordernis des Besitzerwerbes nicht nötig. Bedenklich ist diese Aufstellung für die Fälle, in denen ein Erwerbswille desjenigen, welcher den possessorischen Schutz erlangen muss, nur mit Hülfe willkürlicher Annahme und Fiktionen zu konstruieren ist, so z. B. in dem Falle, wenn die für jemand bestimmte Sache in dessen Abwesenheit in seiner Wohnung niedergelegt wird. „Die Frage, wie Fälle dieser Art aufzufassen seien, ob hier ein Besitzerwerb ohne Willen vorliege oder ob der Wille desjenigen, welcher der Sache die Bestimmung für den andern

gebe, ausreiche, dem andern Besitzschutz zu verschaffen, sei," so sagen die Protokolle, „in der Wissenschaft noch durchaus streitig. Nicht unbedenklich sei auch die aus dem Willenserfordernisse sich ergebende Unfähigkeit rechtlich willensunfähiger Personen zum Besitzerwerb. Inbetracht komme auch, dass die Aufstellung jenes Erfordernisses den Richter dazu verleiten könne, an den Beweis des Willens Anforderungen zu stellen, durch deren Unerfüllbarkeit ein sachlich begründeter Besitzanspruch undurchführbar würde."

Daraus ergibt sich, dass der Besitzwille des B. G. B. nur im natürlichen Sinne aufzufassen ist, d. h., dass eine rechtliche Willensfähigkeit nicht erfordert wird. Es können also geschäftsunfähige Personen nach dem B. G. B. selbständig Besitz erwerben, Kinder unter sieben Jahren zweifellos Ess- oder Spielwaren,*) dagegen können auch thatsächlich willensunfähige Personen z. B. Säuglinge keinen Besitz erwerben. Ob eine derartige völlige Willensunfähigkeit vorliegt, wird nach der Lage des einzelnen Falles zu entscheiden sein.

In den oben bei der Anführung der Protokolle erwähnten Ausnahmefällen, die nebenbei im Leben von nicht geringer Zahl sind, wird man den Besitzwillen auf seiten des Gewalthabers als selbstverständlich zu unterstellen haben (Cosack, S. 69 und Staudinger III, S. 8). So erwirbt das Kind, in dessen Sparbüchse sein Pate heimlich ein Geldstück steckt, Besitz daran.

3. Nach gemeinem Recht war jeder Besitzerwerb ursprünglich oder „originär" d. h. seine Gültigkeit stützte sich nicht auf einen anderen Besitz, sondern hatte seine Gültigkeit in sich selbst. Auch nach B. G. B. gibt es ursprünglichen Besitz, es kennt

*) Beispiel von Cosack, S. 70.

aber daneben auch den „derivativen“ (abgeleiteten) Besitz, der zu seiner Gültigkeit einen andern älteren Besitz voraussetzt. Er wird erworben a) durch vertragsmässige Einigung des bisherigen Besitzers mit einem andern (Besitzvertrag), b) es geht der Besitz des Erblassers kraft Erbrechts auf den Erben über (§ 857 B. G. B.), c) zum abgeleiteten Besitz gehört auch der Besitz, welcher durch Zwangsvollstreckung erlangt wird.

4. Der ursprüngliche Besitzerwerb gibt nach B. G. B. immer unmittelbaren Besitz. Der abgeleitete Besitz kann auch mittelbarer sein. Auf diesen Unterschied ist näher einzugehen.

Unmittelbarer Besitzer ist der, welcher eine Sache thatsächlich (unmittelbar) innehat. Hat dieser unmittelbare Besitzer seinen Besitz auf Grund eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen er gegenüber einem andern zur Innehabung der Sache auf Zeit berechtigt oder verpflichtet ist, inne, so ist dieser andere mittelbarer Besitzer.

Es handelt sich um zwei Arten des Besitzes; jedenfalls sind also beide Parteien Besitzer (§ 868).

Über die Auffassung des mittelbaren Besitzes herrschte in der 2. Kommission (Prot. S. 3731 ff.) Meinungsverschiedenheit. Die einen wollten in dem mittelbaren Besitze ein wirkliches Besitzverhältnis erblicken, so, dass z. B. dem Verpächter das Recht zustehe, Einwirkungen dritter Personen auf die verpachtete Sache auszuschliessen, die andern leugneten das wahre Besitzverhältnis des mittelbaren Besitzers, es solle nur der Pächter als wahrer Besitzer gelten. Die Ansicht der Mehrheit (Prot. 214 I, S. 3946) war die, dass der mittelbare Besitz kein wirkliches Besitzverhältnis sei. „Allerdings habe die Kommission beschlossen, in einigen Beziehungen den mittelbaren Besitzer wie einen wirklichen Besitzer zu behandeln,

eben diese Vorschriften seien rein positive, es könne aus ihnen ein zwingender Schluss auf die Behandlung des mittelbaren Besitzes als eines wirklichen Besitzverhältnisses nicht gezogen werden."

Das B. G. B. hat jedoch schliesslich den ersteren Standpunkt adoptiert. Die Denkschrift des Bundesrates S. 119 spricht vom mittelbaren Besitzer, „dass er seine thatsächlichen Beziehungen zur Sache nicht vollständig aufgegeben habe"; die thatsächliche Gewalt desselben wird nicht ganz beseitigt, sondern nur zurückgedrängt. Und dass diese Auffassung die richtige ist, ergibt insbesondere der von Strohal S. 18 mit Energie hervorgehobene Gesichtspunkt: „Die Notwendigkeit der vom Gesetz ausgesprochenen Anerkennung des mittelbaren Besitzes tritt am schärfsten hervor, wenn man sich die Fälle des Besitzerwerbs durch Stellvertreter und insbesondere des constitutum possessorium vor Augen hält. Denn die Möglichkeit eines Besitzerwerbs und eines hierdurch wieder vermittelten Eigentumserwerbs durch Stellvertreter wäre überall dort, wo dem letzteren die Stellung eines selbständigen Inhabers zukommt, geradezu ausgeschlossen, wenn es nicht neben dem Besitz im engeren Sinne auch noch einen andern gäbe, den mittelbaren."

Auf alle Fälle muss für uns gelten, was das Gesetz im § 868 ausspricht, dass auch der mittelbare Besitzer „Besitzer" sei.

II. Abschnitt.

Gemeines Recht.

1. Besitzerwerb durch Stellvertreter.

a) Erfordernisse in der Person des Vertreters.

§ 3.

Die zwei Elemente, welche zum Besitzerwerbe führen, brauchen nicht beide in der Person des Besitzerwerbers vorhanden zu sein, sondern der Besitz kann auch durch einen andern erworben werden, und zwar so, dass der animus bei dem Vertretenen, das corpus bei dem Vertreter liegt.

> L. 20, § 2, D. 41, 1: „Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium."
>
> L. 53, D. 41, 1: „Ea, quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus."

Beim Besitzerwerb durch Stellvertreter ist vor allem notwendig die thatsächliche Besitzergreifung von seiten des Vertreters. Dieser kann dann seinerseits den physischen Besitz durch einen andern erlangen. So, wenn A von B beauftragt ist, ein bestimmtes Bild einer Gemäldegallerie zu kaufen und dieses Bild durch seinen Diener abholen lässt, so wird niemand bestreiten wollen, dass B den Besitz des Bildes erlangt, ohne Rücksicht darauf, ob der Diener weiss, dass sein Herr den Besitz für B erwerben will.

> L. 30, § 6, D. 41, 2: „Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilominus ego id possidebo. Et idem erit, si colonus meus

fundum locaverit, aut is, apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit et id per quamlibet plurium personam factum observandum ita erit.“

Ein zweites Erfordernis des Besitzerwerbes durch Stellvertreter ist das, dass der Repräsentant den Willen hat nicht für sich, sondern für den Vertretenen den Besitz zu erwerben. Hat der Vertreter A nicht die Absicht, den bestimmten Gegenstand für den B zu erwerben, so kann eben von keinem Stellvertretungsverhältnisse gesprochen werden.

Es gehört dies zu den allgemeinen Erfordernissen einer jeden Stellvertretung. Hierhin zählt auch, dass der Stellvertreter handlungsfähig sein muss d. h. das siebente Lebensjahr vollendet haben muss; die vom siebenten bis einundzwanzigsten Lebensjahre vorhandene Beschränkung der Dispositionsfähigkeit und die gleiche Beschränkung beim entmündigten Verschwender sind hier ohne Einfluss.

Endlich muss der Vertreter die nötige Vertretungsmacht haben, damit seine Erwerbshandlung überhaupt ihre rechtliche Wirkung in der Person des Vertretenen äussern kann. Der Vertreter muss durch richterlichen Akt (Vormund), durch die Organisation einer juristischen Person zur Vertretung berufen oder durch Willenserklärung des zu Vertretenden mit Vollmacht ausgestattet sein, resp., wenn der Vertreter ohne Vollmacht handelte, muss dieselbe als ratihabitio (Genehmigung) nachgeholt werden.

b) Erfordernisse in der Person des Vertretenen.

§ 4.

Die Frage ist nun, ob das zweite Erfordernis des Besitzes, der animus rem sibi habendi, auch in die Person des Vertreters verlegt werden kann, oder ob derselbe sich in der Person des Vertretenen verwirklichen muss.

Nach Baron § 117, 1 ist die Stellvertretung im Besitzwillen mit Ausnahme bei Kindern, Geisteskranken, juristischen Personen und denen, die einen Vormund benötigen, nicht möglich und ist dies die herrschende Meinung, wenn auch die Meisten über diesen Punkt mit Stillschweigen hinweggehen.

Das römische Recht lässt jedenfalls eine Stellvertretung im Besitzwillen nicht zu. Dies beweist die L. 3 § 12 D. 41, 2:

„Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum, nec movere nos debet, quod quaedam etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt: nam videmur eas eorundem et animo et corpore possidere."

Ebenso bei Paul. sent. rec. V. 2. § 1:

„Possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno."

Nach römischem Rechte giebt es regelmässig keine Repräsentation im Besitzwillen; daraus allein folgt aber noch nicht, dass eine solche auch im gemeinen Rechte nicht möglich wäre. Die Stellvertretung ist nämlich ein Institut, welches sich erst im Mittelalter voll entwickelt hat, bei den Römern erst im Entstehen war. Kann sich daher bei der Entfaltung der Stellvertretung eine solche im Besitzwillen nicht ausgebildet haben.

Dies ist zu verneinen; denn ein Wille, der nicht durch Auftrag, Vollmacht oder nachträgliche Genehmigung realisiert wird, kann niemals durch einen andern vertreten werden, da er in jeder Sekunde ohne rechtliche Folgen geändert werden kann.

Wenn z. B. der Prokurist während der Abwesenheit des Prinzipals den Besitz einer Sache für denselben erwirbt, so wird der Prinzipal, der sich vielleicht in Italien aufhält, ohne sein Wissen doch Besitzer. Er muss die Geschäfte anerkennen, die der Prokurist inner-

halb des Geschäftsbetriebes vornimmt, er muss das wollen, was der Prokurist will. Hierbei wird zwar der Wille des Prokuristen zu dem des Geschäftsherrn. Dieser Wille des Geschäftsherrn, der durch den Prokuristen ergänzt wird, ist aber durch das Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter, durch die Vollmacht, die dem Prokuristen innewohnt, realisiert. Es ist bei Erteilung der Prokura schon von vornherein bestimmt, dass der Wille des Prokuristen der des Geschäftsherrn ist, dass der Geschäftsherr von vornherein alle Handlungen will, die der Prokurist vornimmt.

Eine Stellvertretung im Besitzwillen giebt es auch heute noch bei denjenigen Personen, welche keinen juristisch beachtlichen Willen haben können, deren Wille durch denjenigen ihres Vertreters ersetzt werden muss.

Dies ist vor allem bei der juristischen Person der Fall, da deren reales Substrat eine Personengesamtheit oder eine Vermögensmasse ist, bei welcher von einer Willensbildung keine Rede sein kann; weil die Handlungsfähigkeit nur einem frei wollenden Menschen zukommt, so kann sie nur durch Vertreter Handlungen vornehmen. Der Besitzerwerb der juristischen Personen geht durch den Willen der Stellvertreter vor sich, weil die einzelnen Korporationsmitglieder resp. die Vermögensmasse den zum Besitzerwerbe notwendigen Besitzwillen nicht fassen können.

Ausserdem werden im Besitzwillen vertreten Kinder bis zum Alter von sieben Jahren (infantes), sie sind völlig willens- und handlungsunfähig. Es fehlt ihnen an demjenigen Bewustsein, welches für die affectio tenendi, den Willen haben und behalten zu wollen, erforderlich ist.

In derselben Lage befinden sich die Geisteskranken (Wahnsinnige, Blödsinnige). Diese sind ebenfalls handlungsunfähig, mit Ausnahme in lichten Zwischenräumen

(lucida intervalla). Der Wille des Vertreters gilt als ihr Wille. Das Bewusstsein und der Wille des Stellvertreters soll das fehlende Bewusstsein und Wollen des Besitzerwerbers ersetzen.

Aber auch bei solchen Personen, die zwar handlungsfähig, deren Handlungsfähigkeit jedoch wegen Mangels der nötigen Einsicht in die Folgen ihrer Handlung beschränkt ist, wie Unmündige, Minderjährige, gerichtlich anerkannte Verschwender, Taubstumme, werden in ihrem Willen vertreten; es wird der Besitz selbst ohne ihr Wissen durch ihren Vormund bezw. Kurator erworben. Dadurch sind diese letztgenannten Personen nicht behindert, selbständig Handlungen vorzunehmen, welche für sie einen rechtlichen Erfolg haben, aber diese Handlungen können nur solche sein, wodurch sie einen Vorteil erlangen. Daher ist auch bei ihnen möglich, ohne Wissen und ohne Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters Besitz zu erwerben. In diesen Fällen ist der ergänzende Wille des Vormundes nicht nötig.

Die Stellvertretung im corpus ist allgemein zulässig. Nicht nur diejenigen Personen, welche handlungsunfähig oder in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt sind, können vertreten werden, sondern Jedermann kann die Besitzergreifung durch einen andern vornehmen lassen. Der Besitz wird in dem Moment für den Repräsentierten erworben, wo der Stellvertreter die Gewalt über die Sache erlangt. Dabei wird, von den eben aufgezählten Ausnahmen abgesehen, vorausgesetzt, dass der Vertretene den Willen hat zu besitzen. Ein solcher Wille liegt vor, wenn zur Besitzergreifung ein Auftrag erteilt worden ist oder dieselbe genehmigt wird. Da nun, wie erwähnt, auch der Vertreter den Willen haben muss, für den Vertretenen zu apprehendieren, so ist vollständige Übereinstimmung zwischen dem Willen dessen, der durch den andern erwerben will, und dem Willen dieses andern notwendig.

Der Auftrag braucht sich natürlich nicht auf die Besitzergreifung einer individuell angegebenen Sache zu beziehen, sondern er kann ganz allgemein gefasst werden, indem ich den Vertreter zum Verwalter meines ganzen Vermögens mache, oder ihn von vornherein zur Vornahme jedweder geschäftlichen Handlung bevollmächtige. Durch diesen allgemeinen Auftrag (Vollmacht) werde ich ohne weiteres Besitzer, wenn der Bevollmächtigte die Besitzhandlung vornimmt. Allerdings ist hierbei der Vertreter, wie Windscheid § 155 sagt, „mehr als Organ der thatsächlichen Gewalt, er ist auch zugleich Vermittler des Willensmomentes; derjenige, für welchen er den Besitz erwerben will, hat den Besitzwillen nur insofern, als derselbe sich durch den erteilten Auftrag im voraus das Wollen seines Vertreters als sein Wollen angeeignet hat.“ *)

Ist kein Auftrag erteilt, so entsteht der Besitzwille dann, wenn der Vertretene nachträglich die Apprehension genehmigt. Diese nachträgliche Genehmigung hat, wie bei Paul. sentent. V. 2, § 2 behauptet ist, dieselbe Rechtswirkung wie das Mandat. Es wird der Besitzwille, der erst mit Genehmigung ins Leben tritt, auf den Moment der Besitzergreifung zurückbezogen, hat also rückwirkende Kraft, wie dies die allgemeine Vorschrift der L. 25, C. de don. i. v. e. u. 5. 16 zeigt. **) Derselben Ansicht sind auch Windscheid § 155, Randa, Besitz nach österreich-

*) Brenner, N. F. XVII. pg. 224 führt als Beispiel an, dass niemand bezweifeln werde, dass alle wirtschaftlichen Gerätschaften, die ein Gutsverwalter zur Bewirtschaftung des Guts anschafft, zugleich mit dem Empfange durch ihn dem Gutsherrn erworben werden, ebenso wenn ein Fabrikdirektor kraft seines allgemeinen Auftrages Maschinen oder Fabrikgeräte für Rechnung des Fabrikbesitzers anschafft oder eingezogene Gelder in die Geschäftskasse einlegt.

**) Eine rückwirkende Kraft verneinen: Savigny S. 365, Note 2; Chambon, negotiorum gestio, S. 171 fg.; Hauser, Stellvertretung im Besitz, S. 26: „erst mit dem Moment der Genehmigung kann für den Vertretenen Besitz entstehen.“

ischem Rechte, § 20, Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 134, Zimmermann, stellvertretende negotiorum gestio, S. 120 ff., Seuffert, Ratihabition, S. 75, u. a. m.

Wir kommen somit zu dem Schlusse, dass das Erfordernis des Besitzerwerbs, welches wir mit animus possidendi bezeichnen, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht in die Person des Vertreters zu verlegen ist, sondern in der Person des Vertretenen verwirklicht sein muss; es ergab sich uns dies als Konsequenz aus der allgemeinen Natur der Vollmacht und der Genehmigung.

c) Erfordernisse in der Person des Tradenten.

§ 5.

Es ergiebt sich endlich die Frage, ob beim Besitzerwerb durch Tradition der Tradent die Absicht haben müsse, gerade dem Vertretenen Besitz zu verschaffen.

Die Thätigkeit des Tradenten besteht nur in dem Aufgeben des Eigentums und des Besitzes, wenn Besitz nebst Eigentum übergehen soll, damit ein anderer ein solches erwerbe. Will der Empfänger der Sache den Besitz erwerben, so muss er den Willen haben, für sich zu besitzen, und er muss die Sache wirklich in Besitz nehmen. Sein Willensentschluss allein ist massgebend und nicht die Absicht des Tradenten, den Besitz einem andern zu übertragen. Will der Tradent einer bestimmten dritten Person sein Eigentum überlassen, so sind in ihm gleichsam zwei Willen vorhanden. Der eine Wille überträgt das Eigentum, der andere den Besitz. Handelt der Empfänger des Besitzes anders, indem er die Sache nicht für den erwerben will, welchen der Tradent im Auge hatte, sondern für sich oder für einen andern, so bleibt der Tradent zwar doch Eigentümer, wenn der bestimmte dritte es nicht wird, da er diesem andern das Eigentum nicht übertragen wollte, den Besitz aber verliert er durch die Apprehension des Erwerbers

(L. 9 § 7 D. 41, 1). Hierdurch erklärt sich, dass der Wille des Tradenten auf den Besitzerwerb keinen Einfluss ausübt und ebenso, dass es nicht notwendig ist, dass ein Stellvertreter dem Tradenten gegenüber erklären muss, er wolle nicht für sich, sondern für einen andern erwerben.

Beim Besitzerwerbe durch einen Stellvertreter entscheidet also lediglich der Wille des Vertreters und ein zwischen diesem und einem andern bestehendes Rechtsverhältnis, wodurch der Empfänger der Sache als Stellvertreter des andern gilt. Dieses Verhältnis beruht, wie schon vorher gesagt, auf einem Auftrage, einer gerichtlichen Bestellung u. s. w.

Ihering macht einen Unterschied im Besitzerwerbe durch dritte, der darin besteht, dass 1. der dritte sofort bei der Tradition dem Vertretenen Besitz erwirbt, und 2. dass der Besitz zuerst auf die Mittelsperson und dann erst durch einen besonderen Akt auf den Prinzipal übergehe. Im ersteren Falle handle die Mittelsperson als Stellvertreter, im letzteren als Ersatzmann. Ein solcher Ersatzmann ist diejenige Person, welche im Unterschiede zum Gehilfen juristische Handlungen vornimmt, um dadurch zuerst für sich zu erwerben, späterhin aber die rechtlichen Folgen auf einen andern zu übertragen. Soll also der von dem Ersatzmanne erworbene Besitz auf den Prinzipal, Geschäftsherrn u. s. w. übergehen, so muss ihn der Prinzipal eigens von dem Ersatzmann erwerben. Der Ersatzmann handelt ohne den Namen desjenigen zu nennen, für welchen er auftritt. Auf die Frage, warum dieser Umweg gemacht und warum nicht der Prinzipal als Interessent des Geschäfts bezeichnet wird, darauf antwortet uns Ihering mit mehreren praktischen Beispielen.

Diese Thätigkeit des sogenannten Ersatzmannes ist weiter nichts als die gemeinrechtlich anerkannte indirekte Stellvertretung unter anderem Namen.

d) Besondere Fälle.

α) Das constitutum possessorium.

§ 6.

Einen besonderen Fall des Besitzerwerbes durch Stellvertreter erblickt man in dem sogenannten constitutum possessorium.*) Dieser besondere Fall solle darin liegen, dass der bisherige juristische Besitzer mit einem andern über die Sache ein Rechtsgeschäft abschliesst, wodurch er in der Folge als Detentor im Namen des andern gelten, der andere aber durch ihn als Stellvertreter zum juristischen Besitzer der Sache werden soll.

Hier werden regelmässig zwei Quellenstellen citiert, wovon die eine den allgemeinen Begriff des constit. possess. festlegt, während die andere ein Beispiel dafür gibt.

> L. 18. pr., D. 41, 2: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

In dieser Stelle wird weiter nichts behauptet, als dass man dadurch jemand zum juristischen Besitzer machen kann, dass man das, was man bisher in seinem eigenen Namen besessen hat, von nun an im Namen eines anderen besitzt. Die Worte „alium possessorem ministerio meo facio" bestimmen viele Schriftsteller dazu, einen Besitzerwerb wie durch einen Stellvertreter

*) Der Name „constitutum possessorium" ist in den Quellen des röm. Rechts nicht zu finden. J. Harburger behauptet, dass der Ausdruck „constitutum" zuerst von Zarius & Alciatus (16. Jahrhundert) gebraucht worden wäre; die Zusammensetzung der beiden Worte „constitut. possess." habe zuerst Tiraquellus (de jure constituti possessorii tractatus) angewandt.

vor sich gehend anzunehmen. Ministerium bedeutet nur irgend eine Hülfeleistung. Welche specielle Bedeutung es gerade hier haben soll, geht aus dem Zusammenhang hervor, der ergibt, „dass hier darunter lediglich die in der Fortsetzung der Detention im Namen des andern bestehende Hülfeleistung gemeint ist.“ *)

Die weitere Stelle ist L. 77, D. 6, 1:

> Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistolam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonam proponebatur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistula emitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.

Durch die Beifügung der Worte „veluti per colonam“ wird die Meinung, dass dem Beschenkten der Besitz des Grundstücks durch die Schenkerin erworben worden wäre, beseitigt, da ein Pächter doch als solcher nicht den Besitz als Stellvertreter erwerben kann.

Beim constitut. possess. muss die Willenserklärung des bisherigen Besitzers ergeben, dass er in Zukunft nicht mehr in eigenem, sondern im Namen eines dritten besitzen wolle, so z. B. wenn jemand einem andern ein fruchttragendes Grundstück schenkt und sich daran den Niessbrauch vorbehält, oder wenn ich mein Haus verkaufe, mir aber gleichzeitig ausbedinge, dasselbe bis auf Weiteres zu bewohnen. Der bisherige Besitzer wird also der Stellvertreter des neuen Besitzers, aber nur im Besitz.

Das constitut. possess. wird vielfach als ein Fall des Besitzerwerbs durch einen Stellvertreter hingestellt, nur dass die Besonderheit bestehe, dass der Vertreter nicht von einem dritten, sondern von sich selbst alieno nomine den Besitz erwirbt. Windscheid § 155, Anm. 8 a sagt:

*) Scheurl, Beiträge des röm. Rechts, S. 110.

„Es muss vorliegen, dass, wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben worden sein würde; dieses Hin- und Hergeben kann erspart werden. Wer behalten soll, braucht nicht erst hinzugeben.“

Diese Abhandlung schliesst sich der gegenteiligen Meinung an, welche in dem constitut. possess. nicht einen Fall des Besitzerwerbs durch Stellvertreter sieht. A verkauft sein Haus an den B, mietet aber dasselbe zugleich für einige Zeit; allerdings erwirbt B juristischen Besitz und A wird zum Detentor des B. Der B erwirbt aber nicht den juristischen Besitz durch den A als Stellvertreter, da A ja schon als Eigenthümer diesen juristischen Besitz hat und nicht mehr als Mittelsperson denselben von einem dritten für den B zu erwerben nötig hat; B erwirbt den Besitz nur von A durch den Kaufvertrag. Wenn einige bei diesem Besitzerwerbe fingieren, dass der Tradent den juristischen Besitz von sich selbst als Stellvertreter für den andern erwerbe, so ist dies nur ein gekünstelter Umweg, da ich ja den Besitz, den ich schon habe, nicht noch einmal zu erwerben brauche. Eine Stellvertretung ist vorhanden, aber nur eine solche in der Fortsetzung des Besitzes für den Erwerber. Scheurl, Beiträge des röm. Rechts, Seite 109 betont dies mit aller Bestimmtheit: „Der Tradent ist beim constitut. possess. keinen Augenblick etwas anderes, als was er nach der wahren Absicht des zur Veräusserung der Sache hinzutretenden Geschäfts werden soll, Stellvertreter in der Fortsetzung des von ihm auf den Empfänger unmittelbar übergehenden juristischen Besitzes; Stellvertretung in der Fortsetzung des juristischen Besitzes ist aber etwas ganz anderes, als Stellvertretung im Erwerb desselben, und hat auch eine ganz andere Grundlage als diese; jene hat zur Grundlage einen Auftrag zu einer einzigen in sich abgeschlossenen Handlung, diese einen zu einem dauernden Verhalten rechtlich oder doch moralisch verpflichtenden Empfang.“

β) Einfluss des wesentlichen Irrtums.

§ 7.

Erwähnt zu werden verdient, ob der Irrtum des Vertreters sowohl als auch des Vertretenen auf den Besitzerwerb von Einfluss ist.

Der wesentliche Irrtum (error in negotio, error in corpore, error in persona) macht gemäss der allgemeinen Lehren des gemeinen Rechts das Rechtsgeschäft, welches unter ihm leidet, nichtig. Es ergibt sich daher die Frage, ob beim Besitzerwerb durch Stellvertreter sich an einen Irrtum dieselbe Folge knüpft.

Irrt sich der Stellvertreter, der für eine bestimmte Person eine Sache in Besitz nehmen sollte, eben in dieser Person, so ist dies für den Besitzerwerb von grosser Bedeutung. Es erlangt weder diejenige Person, welche durch den Stellvertreter erwerben wollte, noch diejenige, für welche der Stellvertreter erwerben wollte, den Besitz. Bekanntlich gehören, wie schon vorher gezeigt, zum Besitzerwerbe durch Stellvertreter zwei Willen, der Wille des Vertreters für den andern zu erwerben, und der Wille dieses andern durch den Stellvertreter erwerben zu lassen. Zwei Willen sind zwar auch hier vorhanden, aber diese beiden Willen korrespondiren nicht zusammen, sie sind nicht mit einander verbunden, sie stehen vielmehr im Widerspruch mit einander. Z. B. der Bankier X in Z. fragt telegraphisch bei dem Tierarzt A in B an, ob er nicht zwei schöne Rappen für ihn wüsste, er möchte sie ihm dann kaufen. In Z. wohnt aber auch ein Grosskaufmann desselben Namens X, der schon öfters mit dem Tierarzte A in ähnlichem geschäftlichen Verkehre stand. A ist nun der Meinung, der Grosskaufmann X hätte um Pferde telegraphiert, geht zu dem Pferdehändler C und teilt diesem mit, dass er für seinen früheren Kunden Grosskaufmann X in Z zwei Rappen kaufen möchte. Die Pferde werden ihm gezeigt, er kauft sie und lässt sie solange, bis sie abgeholt werden, in

seinem Stalle unterbringen. Hat nun der Tierarzt für den Grosskaufmann X oder für den Bankier X den Besitz der Pferde erworben? Antwort: Für keinen von beiden; denn der Grosskaufmann X wollte keine Pferde und für diesen wollte sie der Tierarzt erwerben, für den Bankier X, der sie haben wollte, wollte sie der Tierarzt nicht erwerben.

Wenn Hauser, Stellvertretung im Besitz, anderer Ansicht ist, so lässt er sich durch L. 13, D. 39, 5 verleiten, welche lautet:

> Qui mihi donatum volebat, servo communi meo Titii rem tradidit, servus vel sic accepit, quasi socio adquisiturus, vel sic, quasi mihi et socio . . . . . et placet . . . . . mihi tamen adquiri.

Wie wir wissen, gehörte in Rom alles, was ein Sklave erwarb, mit Rechtsnotwendigkeit dem Herrn. Infolgedessen kam es auf den Willen des Sklaven nicht an, für sich oder einen dritten zu erwerben, da er in dieser Beziehung keinen Willen hatte. Auch war das Verhältnis zwischen Sklaven und dominus keineswegs das einer Stellvertretung. Der Sklave in L. 13, D. cit. erwirbt, weil er gemeinsam ist, eigentlich auch gemeinsam für beide. Nun ist aber speziell dem einen die Sache geschenkt worden, hat also Eigentum erworben, und der Sklave nimmt irrigerweise die Sache für den andern an sich, so wird doch ersterer Besitzer, weil nur sein Wille massgebend ist; zwar könnte ihm der socius den Besitz streitig machen, aber als Eigentümer hat er das Recht auf den Besitz (jus possidendi).

Ebenso verhält es sich auch mit dem Irrtum des Vertreters bezüglich des Gegenstandes (error in corpore). Wenn z. B. der Vertreter den Gegenstand A erwerben sollte und er kauft statt dessen den Gegenstand B, da er glaubte, zu dessen Kaufe beauftragt zu sein, so wird ebenfalls der Vertretene kein juristischer Besitzer, da sein Auftrag und der dabei geäusserte Wille ganz anderer

Art war.*) Ebensowenig, wie jemand für sich Besitz erwirbt, wenn er sich im Gegenstande irrt, ebensowenig kann man auch für einen andern Besitz erwerben, wenn man eine andere Sache, als die gewollt ist, ergreift; denn in beiden Fällen fehlt der auf die Sache gerichtete animus possidendi.**)

Anders dagegen steht die Sache, wenn der Vertreter über das Geschäft im Irrtume sich befindet (error in negotio). Für ihn kann es gleich sein, ob sein Geschäftsherr die Sache geschenkt erhalten oder gekauft hat, wenn er nur die richtige Sache ergreift; denn hier stimmen die beiden Willen überein. Der Vertretene will den Besitz der Sache erlangen und der Vertreter will den Besitz der Sache für den Vertretenen erwerben.

Was den wesentlichen Irrtum des Vertretenen anbelangt, so verhindert derselbe immer den Besitzerwerb, sofern er den erforderlichen Besitzwillen ausschliesst. So wird niemals der Vertretene, der irrtümlicherweise den Auftrag erteilt, die Sache A in Besitz zu nehmen, während er die Sache B meint, Besitz erwerben, wenn der Vertreter die Sache A ergreift.

2. Besitzerhaltung durch Stellvertreter.

§ 8.

Wie der Besitz durch Stellvertreter erworben wird, so kann er auch durch solche erhalten oder fortgesetzt werden, indem ein anderer die Sache nomine possessoris

*) Siehe Exner, Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 130 und 131. Dieser sieht den Irrtum über die Identität der Sache seitens des Stellvertreters auch als einen wesentlichen Mangel an. Er geht sogar noch weiter und erblickt auch darin einen unwirksamen Akt, „wenn der Repräsentant gerade die Sache, welche er ergreifen sollte — aber in der Meinung, er habe eine andere vor sich — wirklich ergriffen hat."

**) Meischeider, Besitz und Besitzschutz, S. 271: „Ist der Wille des Repräsentanten auf eine andere Sache gerichtet, als der des Repräsentierten, so ist die Möglichkeit eines Besitzerwerbes für den letzteren regelmässig ausgeschlossen."

innehat. Bei der Stellvertretung im Besitz liegt das Moment des Corpus beim Vertreter, das Moment des animus beim Vertretenen.

Die Frage, wie lange der durch einen Stellvertreter innegehaltene Besitz dem Vertretenen verbleibt, ist beantwortet, wenn wir untersucht haben, durch welche Ereignisse der durch einen Stellvertreter innegehaltene Besitz verloren geht. Dabei wird sich zeigen, dass der Besitzverlust in vierfacher Art vor sich gehen kann. Er tritt ein 1. weil der Vertretene es will oder 2. weil der Vertreter stirbt, oder der Besitz geht verloren 3. weil ihn der Vertreter an eine dritte Person verliert, 4. weil ihn der Vertreter selbst erwirbt.

a) Besitzverlust durch Ereignisse in der Person des Vertretenen.

Der einfachste Fall des Besitzverlustes des Vertretenen ist der, dass er selbst den Besitz aufgibt, also animo verliert. Entweder teilt er seinen Aufgabewillen dem Vertreter offenkundig mit, oder er lässt ihn durch konkludente Handlungen erkennen.

Stirbt ferner der Geschäftsherr, so geht der Besitz erloren; denn der Besitz geht nach gemeinem Recht nicht auf den Erben über. Will der Erbe den Besitz für sich erhalten, so muss er durch Handlungen zu erkennen geben, dass er den jetzigen Inhaber der Sache als seinen Stellvertreter im Besitze betrachte.

> L. 30, § 5, D. 41, 2: Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipsi nactus possessionem, non poterit possidere.

Wird dagegen der im Besitz Vertretene durch einen dritten seines Besitzes entsetzt, so geht ihm dessen ungeachtet der Besitz doch nicht verloren, wenn nur sein Stellvertreter die thatsächliche Gewalt über die Sache noch behält.

L. 1, § 45, D. 43, 16: . . . . . si quis me vi deiecerit, meos non deiecerit, non posse me hoc interdicto experiri, quia per eos retineo, qui dejecti non sunt.

b) Besitzverlust durch Ereignisse in der Person des Vertreters.

α) Solche, an welchen er passiv beteiligt ist.

Wo der Besitzverlust durch Ereignisse in der Person des Vertreters herbeigeführt wird, sind dieselben in der Mehrzahl der Fälle solche, bei welchen der Vertreter nur passiv beteiligt ist, so, wenn dem Vertreter mit Gewalt oder durch heimlichen Diebstahl der Besitz durch einen dritten entzogen wird oder auch, wenn der Vertreter die Sache verliert. Stirbt der Vertreter oder wird er willensunfähig, etwa geisteskrank, so geht dadurch allein der Besitz des Vertretenen noch nicht unter; doch muss der Vertretene durch irgend welche Anstalten für dritte erkennbar zum Ausdruck bringen, dass er den Besitzwillen nicht aufgegeben hat.

L. 40, § 1, D. 41, 2: Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset . . . . . quo mortuo non statim dicendum, eam (possessionem) interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem adipisci neglexerit.

L. 25, § 1, D. 41, 2: Et per colonos nostros . . . . . possidemus: et si moriantur aut fuere incipiant . . . . . intellegimur nos retinere possessionem.

Übrigens ist bei der Entsetzung des Vertreters durch einen Dritten noch die Unterscheidung zu machen, ob sich die Entsetzung gegen den Vertretenen richten soll oder nicht. Richtet sich die Gewaltthätigkeit gegen den Vertretenen, so verliert er den Besitz.

L. 1, § 22, D. 43, 16: Quod servus vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo his dei-

ectis ipse dejici de possessione videtur, etiamsi ignoraret eos deiectos, per quos possidebat.

Im andern Falle schadet dem Vertretenen im Besitz die Entsetzung seines Repräsentanten nichts, wenn sie nämlich nur deshalb geschieht, um sich an dem Repräsentanten persönlich zu vergreifen.*)

β) **Ereignisse, bei denen er aktiv beteiligt ist.**

Der Vertretene kann aber auch den Besitz verlieren durch Ereignisse, an denen der Vertreter aktiv beteiligt ist. Allerdings bleibt der Besitz des Vertretenen erhalten, auch wenn der Repräsentant die Detention aufgibt; denn dadurch wird der Vertretene nicht behindert, seine Einwirkung auf die Sache immer noch möglich zu machen.

L. 3, § 8 D. 41,2: Quod servus vel colonus, per quos corpore possidebam decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem.**)

Hierhin gehört auch der Fall, dass der Stellvertreter im Besitze selbst wieder durch einen andern vertreten wird, so, wenn der Mieter eines Hauses dasselbe wieder weitervermietet, der Pfandinhaber die Sache zur Aufbewahrung einem andern übergibt u. s. w. Hier vertritt der Detentor thatsächlich den Besitzer. Durch dieses Inhaberverhältnis geht dem Besitzer der Besitz nicht verloren, es dürfen nur nicht solche Thatsachen hinzu-

*) Im allgemeinen kann man behaupten, dass der Besitzverlust nicht schon dann eintritt, wenn die Stellvertretung aufhört, sondern es müssen noch andere Umstände hinzukommen, die derart beschaffen sind, dass der Repräsentierte auch schon dann den Besitz verloren hätte, wenn er denselben nicht durch Stellvertretung ausgeübt haben würde.

**) Auf demselben Standpunkte steht das Pr. L. R. s. Koch, S. 213, 2, ebenso das sächsische G. B. § 216: „Der Besitzer verliert den Besitz nicht, wenn sein Vertreter stirbt oder willensunfähig wird, auch nicht durch den blossen Willen des Letzteren den Besitz aufzugeben oder selbst oder für einen dritten besitzen zu wollen.“

treten, welche an und für sich schon den Besitzverlust herbeiführen. Es tritt nur ein Wechsel in der detinierenden Person ein, die thatsächliche Herrschaft wird dem Vertretenen in der Folge durch einen andern Repräsentanten vermittelt.

> L. 30, § 6, D. 41, 2: Si ego tibi commodavero tu Titio, qui putet tuum esse, nihilo minus ego id possidebo. et idem erit, si colonus meus fundum locaverit.

Die Weiterverpachtung etc. darf aber nicht ohne oder gegen den Willen des Berechtigten geschehen, sodass der Folgende die Absicht bekommen kann, den Besitz sich selbst anzueignen.

Anderer Ansicht ist Windscheid § 157, wonach der Verlust des Gewahrsams durch den Vertreter den Untergang des Besitzes des Vertretenen notwendig nach sich ziehen würde. Dabei glaubt er, wie Hauser, Stellvertretung im Besitze, sagt: „Dem herrschenden Systeme wenigstens der Form nach seinen Tribut gebracht zu haben.“ Doch lässt Windscheid seine Behauptung durch eine Reihe „positiver Ausnahmen“ bedeutend abschwächen.

Es zeigt sich hier wie überhaupt, dass der Wille des Vertreters dem Vertretenen den Besitz zu erhalten für die Fortdauer des Besitzes gar nicht in Betracht kommt. Meischeider, Besitz und Besitzschutz S. 345 sagt: „es bedarf nur, damit der Besitz durch einen Repräsentanten fortgesetzt werde, des bei der Unterwerfung der Sache unter die reale Macht des Repräsentanten vorhandenen, dem Willen des Repräsentierten entsprechenden Willens des Repräsentanten.“

So lassen denn auch die Untreue des Repräsentanten zu Gunsten eines andern, sein Wille die Sache für sich zu besitzen, allein den Besitz dem Vertretenen noch nicht verloren gehen, sondern der Repräsentirte muss seinerseits ausdrücklich oder stillschweigend desselben Willens sein oder die Handlungsweise des Vertreters nicht ver-

hindern können. Diese Ansicht findet ihre Bestätigung in den Quellen (L. 12, C. 7, 32).*)

Ändert der Vertreter während der Abwesenheit des Vertretenen seinen Willen in der Weise, dass er nun anfängt für sich zu besitzen, so hört dadurch das Stellvertretungsverhältnis auf und er wird dem Vertretenen gegenüber genau so behandelt, als wie jeder andere, der den Besitz heimlicherweise ergriffen hat. Für den Abwesenden tritt noch keine Unterbrechung im Besitz ein, er verliert ihn aber, sobald er von der Besitzergreifung des Vertreters erfahren und keine Anstalten trifft, sich wieder in den Besitz zu bringen. Wird der dominus dabei zurückgewiesen und beruhigt sich dabei, so verliert er ebenso den Besitz, wie derjenige, der nach seiner Rückkunft einen andern als Herrn des Grundstücks vorfindet und von demselben zurückgewiesen wird.

Anders liegt der bereits oben erwähnte Fall, wenn der Vertreter während der Abwesenheit des Vertretenen mit Gewalt des Besitzes entsetzt wird, wie es die L. 12, § 22 D. 43, 16 zeigt. Dadurch erleidet der Vertretene einen Besitzverlust, da dem abwesenden Besitzer gegenüber die gewaltsame Besitzergreifung anders behandelt wird als eine heimliche. Die Gewalt liegt hier vor, wenn auch nicht gegen den abwesenden vertretenen Besitzer. Vollendete Eigenmacht ermächtigt nicht zu entsprechender Eigenmacht, da dieses verbotene Selbsthilfe wäre (L. 18, pr. D. 43, 16).

*) Eine Ausnahme von dieser Regel machen die sogenannten notwendigen Stellvertreter, durch deren Besitzaufgabe dem Vertretenen der Besitz verloren geht. Jedoch bedürfen Väter, Vormünder und Kuratoren dazu der obervormundschaftlichen Genehmigung.

III. Abschnitt.

B. G. B.

1. Stellvertretung im Besitzerwerbe und in der Besitzerhaltung.

a) Des unmittelbaren Besitzes.

§ 9.

Eine Stellvertretung im Erwerbe des Besitzes ist vom B. G. B weder ausdrücklich erlaubt noch verboten, ihre Zulässigkeit ergibt sich jedoch aus der Natur des unmittelbaren wie mittelbaren Besitzes. Hier ist zunächst vom unmittelbaren Besitze die Rede.

Der unmittelare Besitz wird erworben durch Erlangung der thatsächlichen Gewalt. Kann nun diese thatsächliche Gewalt auch dadurch entstehen, dass ein anderer sie für mich erwerben oder ausüben will, so, dass dieser andere nicht als Besitzer der Sache gelten soll? Im allgemeinen, nein; denn undenkbar ist, dass dieselbe Sache, die der A schon in der Hand hat, der B auch in Hand haben kann.*)

Davon gibt es jedoch eine Ausnahme von weitestgreifendem Anwendungsgebiete. Wer in fremdem Haushalte, Erwerbsgeschäfte oder in einem ähnlichen Verhältnisse auf Grund dieses Verhältnisses die thatsächliche Gewalt über eine Sache innehat, hat nicht den Besitz, sondern der Herr des Haushaltes, der Prinzipal des Geschäfts etc. Beginnt jener sogenannte Besitzdiener also im Haushalte die thatsächliche Gewalt für

*) Kniep, der Besitz, § 24 II: „Der Besitz des Vertretenen ist nur mittelbarer Besitz. Dies folgt aus der Natur des Besitzes, wie ihn das B. G. B. hingestellt hat. Solange das körperliche Verhältnis beim Vertreter gegeben, ist dieser der eigentliche Besitzer."

den Herrn auszuüben, so wird damit nicht ihm, sondern dem Herrn der unmittelbare Besitz erworben. *)

In der zweiten Lesung (Prot. S. 3340) hatte man beschlossen, dass statt „ähnlichen Verhältnisses" der Ausdruck „sonstigen Abhängigkeitsverhältnisses" gebraucht werden solle. Die heutige Fassung meint auch nichts anderes, da ein dem Haushalte oder Erwerbsgeschäfte ähnliches Verhältnis immer ein Abhängigkeitsverhältnis sein muss. Es ist dies, wie Strohal S. 9 sagt: „ein Verhältnis thatsächlicher Unterordnung unter den Besitzherrn von solcher Beschaffenheit, dass, wofern diese Person den Weisungen des Besitzherrn nicht Folge leistet, dieser nach der Auffassung des Lebens selbst handelnd eingreifen darf, um seinen Willen durchzusetzen." Demnach steht auf der einen Seite der Befehl des Herrn, auf der andern der Gehorsam des Dieners. Die Unterordnung besteht regelmässig, wie Endemann a. a. O. bemerkt, auf sozialen Anschauungen. Es sind dies also Personen wie Dienstboten, landwirtschaftliche Arbeiter, Gesellen und Lehrlinge von Handwerkern, Handlungsgehilfen, Fabrikarbeiter, Verwandte, die in dem Haushalte und Geschäfte aushelfen. ferner solche Personen, welche dem öffentlichen Befehle gehorchen, wie Beamte und Soldaten u. s. w.**)

Alles, was diese Personen (Besitzdiener) im Auftrage oder auf Befehl oder innerhalb der ihnen zugewiesenen Thätigkeit erwerben oder innehaben, steht sofort im Besitze des Herrn und geht in dessen Vermögen über. Der Besitzdiener hat kein Recht zur Abwehr gegen den Herrn, ihm steht keine Einrede zu, er hat vor allem

*) Matthiass, Lehrbuch des Bürgerl, Rechts, II. Bd., 3. Aufl., S. 12: „Der Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch einen Vertreter für einen andern ist nicht möglich, der Besitz ist thatsächliche Gewalt . . . . . Ein Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch andere ergibt sich aber, wenn sich jemand als Besitzdiener nach § 855 B. G. B. die Inhabung verschafft."

**) Siehe Kniep a. a. O, § 4 S. 36; § 27 S. 238.

kein Zurückbehaltungsrecht für etwaige gemachte Auslagen oder für Schaden, der ihm durch die Sache entstanden ist. Dritten gegenüber steht die Sache im Besitze des Herrn, seine Gläubiger können diese Sachen gegen den Willen des Besitzdieners mit Zwangsvollstreckung belegen, während der Besitzer (wie Mieter) dies verbieten könnte, sodass die Gläubiger nur die Möglichkeit hätten, den Restitutionsanspruch zu pfänden (§§ 808, 809 C. P. O.).

Da der durch den Besitzdiener erworbene Besitz direkt dem Herrn erworben wird, so ist nicht erforderlich, dass die Absicht des Dieners, für den Herrn Besitz zu erwerben oder zu erhalten, deutlich nach aussen hervortritt. Ausserdem ist auch nicht von Notwendigkeit, dass der empfangende Besitzdiener dem Übergeber der Sache erklärt, dass er in fremdem Namen auftrete, wie auch der Übergebende seinerseits nicht zu äussern braucht, dass er für den Besitzerwerber die Sache übergebe. Es entscheidet nach Dernburg, bürgerl. Recht, S. 62 lediglich „die Stellung des Empfängers im Verkehrsleben und die Zugehörigkeit des Geschäfts zu dem Kreise der ihm angewiesenen Dienststellung.“ Dieser Ansicht ist auch der Verfasser. Kniep, der Besitz, § 27, sucht nachzuweisen, dass die Personen, welche unter § 855 B. G. B. fallen, bei Ausübung ihrer angewiesenen Thätigkeit zum Teil Besitzdiener, zum Teil aber auch Besitzmittler (§ 868 B. G. B.) sein können. Nach ihm (S. 241 ff.) „erwirbt die Köchin Besitz an den auf dem Markte gekauften Sachen, ... Der Besitz der Hausfrau ist nur ein mittelbarer, der erworben wird, schon bevor die Hausfrau etwas von den Einkäufen weiss. Sobald die Köchin mit ihren Einkäufen das Haus betritt, kommt § 855 zur Anwendung,“ m. a. W. die Köchin ist vom Kaufabschlusse auf dem Markte bis zum Betreten des Herrschaftshauses unmittelbarer Besitzer und die Hausfrau mittelbarer, erst mit dem Betreten des Herrschaftshauses wird die Hausfrau unmittelbarer Besitzer.

Demnach müsste auf die Köchin von dem Kaufabschlusse an bis zum Betreten des Hauses § 868 B. G. B. zur Anwendung kommen, da sie während dieser Zeit als Besitzmittler zu behandeln und zum Besitze der eingekauften Sachen berechtigt ist. Aus diesem Grunde könnte die Köchin, die ihre Herrschaft wegen irgend eines Auftrittes chikanieren wollte, den Heimweg mit der zum Frühstücke eingekauften frischen Butter ungestört so in die Länge ziehen, dass dieselbe nicht rechtzeitig benutzt werden kann, auch könnte sie dem ihr entgegengeschickten Dienstmädchen die Herausgabe der Butter verweigern, da sie ja zum Besitze während des Heimweges berechtigt ist.

Meiner Meinung nach ist hier kein Unterschied zu machen, ob die Köchin die Butter im Herrschaftshause selbst oder auf dem Markte kauft. Lediglich ist nur darauf zu achten, ob der Besitzerwerb innerhalb der der Köchin zustehenden Thätigkeit vor sich gegangen und ein Machtverhältnis von Seite der Hausfrau über die Sache möglich ist derart, dass die Köchin den sich auf die Sache beziehenden Weisungen Folge zu leisten hat, wie es § 855 B. G. B. voraussetzt.

Ist in unserem Falle die Köchin ausgeschickt worden, um Butter zu kaufen, so muss sie, wenn sie die Butter gekauft hat, den Anordnungen der Herrschaft inbezug auf die Butter Folge leisten und der Aufforderung des ihm entgegengeschickten Dienstmädchens nachkommen, indem sie entweder die Butter selbst schnell nach Hause trägt oder sie dem Dienstmädchen, weil sie selbst noch eine Bestellung zu besorgen hat, zur schnelleren Beförderung übergibt.

Gesetzt der Fall, die Köchin wird unterwegs plötzlich von einem Herzschlage getroffen und stirbt sofort. Dann würden ihre Erben nach der Ansicht von Kniep, da der Besitz nach B. G. B. vererblich ist, sofort unmittelbaren Besitz erwerben und die Herrschaft müsste es sich ge-

fallen lassen, dass die Erben der Köchin die Sachen einstweilen an sich nehmen.

Man darf sich bei Beurteilung dieser Fälle nicht streng an den Wortlaut des § 855 B. G. B. halten, der nur von der Ausübung der thatsächlichen Gewalt innerhalb des Haushaltes spricht, sondern man muss auch den Anforderungen des Lebens und Verkehrs gerecht werden. Der Gesetzgeber wird auch auf keinen Fall mit Haushalt nur den abgeschlossenen Hausbering der Herrschaft gemeint haben, sondern wie es von den meisten Juristen aufgefasst wird, die zum Haushalte erforderliche zur Zuständigkeit der einzelnen Person gehörige Thätigkeit, wie sie das gewöhnliche Leben mit sich bringt.

Der Besitzwille, der nach gemeinem Recht eine so wichtige Rolle spielt, hat nach dem B. G. B. seine Bedeutung, wie schon vorher erwähnt, eingebüsst. Daraus folgt, dass die Stellvertretung im Besitzerwerb, da letzterer nach der Auffassung des B. G. B. keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung im Sinne des § 164 B. G. B. ist, nicht als rechtsgeschäftliche Stellvertretung anzusehen ist. Trotzdem muss die Stellvertretung im Besitzerwerbe zugelassen werden, nur sind die hierher gehörenden Vorgänge nicht ganz so zu behandeln, wie im gemeinen Recht. Und obwohl der Besitzerwerb keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist, dürften doch die das B. G. B. behandelnden Bestimmungen über die rechtsgeschäftliche Stellvertretung, wie sie oben in der Einleitung dargestellt sind, analoge Anwendung finden.

Es ist nicht erforderlich, dass der Geschäftsherr seinen Willen darauf richtet, durch den Besitzdiener besitzen oder Besitz erwerben zu lassen. Denn dadurch, dass dem Besitzdiener ein bestimmter Geschäftskreis zugewiesen worden ist, ist er ermächtigt, an allen Sachen für den Herrn Besitz zu erwerben, die innerhalb dieser Geschäftsthätigkeit ihm übergeben werden. Da

ferner der Besitzdiener zum Besitz und zum Erwerbe desselben für den Herrn keinen Willen zu haben braucht, sondern die thatsächliche Innehabung oder Ergreifung schon ausreicht, so kann auch ein Geschäftsunfähiger solche thatsächliche Handlungen vornehmen, da nur die Willenserklärung des Geschäftsunfähigen nichtig ist (§ 104).

Diese Personen — Besitzdiener — können aber doch nicht alles für den Herrn besitzen und erwerben, sie müssen vielmehr auch eigenen Besitz haben und erwerben können. Der Unterschied, ob für den Herrn oder für den Besitzdiener selbst besessen oder Besitz erworben wird, können wir weder im Willen des Herrn noch in dem des Dieners suchen, sondern es ist lediglich darauf zu achten, ob der Gewahrsam in dem Dienstverhältnisse seine Ursache hat, ob die Sache, wie Leonhard sagt, „zum Befehlsbereich des Herrn" gehört. Die Entscheidung über diese Zugehörigkeit ist Sache des verständigen Ermessens, für welches eine grosse Menge von Gesichtspunkten leitend sein kann. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 77 hat eine Dreiteilung solcher Gesichtspunkte aufgestellt, der sich die Abhandlung so ziemlich anschliesst.

Massgebend ist

1. die örtliche Lage der Sache. Wie § 855 B. G. B. bemerkt, muss die thatsächliche Gewalt von Seiten des Besitzdieners innerhalb des Haushalts, des Erwerbsgeschäfts oder in einem ähnlichen Verhältnisse ausgeübt werden. Dabei dürfen wir uns, wie schon oben gesagt, nicht genau an den Buchstaben des Gesetzes halten, dass die Gegenstände sich gerade immer in dem Haushalte, in dem Geschäfte oder in dem Bureau eines Beamten befinden müssen. Nein, auch die Köchin, die in ihrem Korbe die eingekauften Gemüse nach Hause trägt, der Metzgerbursche, der in dem städtischen Schlachthause die geschlachteten Kälber zerteilt, der Reit-

knecht, der oft stundenlang ohne den Herrn in weiter Entfernung von dem Herrschaftssitze die Pferde bewegt, alle besitzen für den Herrn. Anders verhält es sich natürlich, wenn die Entfernung so gross ist, dass ein Machtverhältnis von Seite des Herrn über die Sache undenkbar wäre. So z. B., wenn der Reisende einer elsässischen Firma mit den Mustern des Geschäfts sich in Ostpreussen auf der Geschäftsreise befindet, dann wird man wohl dem Reisenden den Besitz der Muster zukommen lassen.

2. Die Zugehörigkeit der Sache zu den Zwecken des Verhältnisses, in welchem der Gehorchende zum Befehlenden steht. Dieses Verhältnis kann sehr mannigfach sein, je nachdem der Besitzdiener in einer grösseren oder kleineren Abhängigkeit zu dem Herrn steht, je nachdem die Thätigkeit des Dieners einen grossen oder kleinen Complex begreift. Am weitesten wird sich die Abhängigkeit beim Sträflinge gestalten. Dieser besitzt weiter nichts für sich, als sein naktes Leben. Kleidung, Wäsche, Arbeitszeug, alles steht im Besitze der Strafanstalt, selbst das Geld, das er mit seiner Arbeit verdient und von welchem er bei seiner Entlassung einen Teil ausbezahlt erhält, geht in den Besitz der Anstalt.

3. Die Zugehörigkeit zum Eigentume oder Besitze des Herrn oder des Besitzdieners. Es muss ein Unterschied gemacht werden, ob die Sache im Eigentume oder Besitze des Herrn oder in demjenigen des Besitzdieners steht. So besitzt der Diener die eigenen Sachen selbst für sich, auch wenn sie sich in den Räumen des Haushalts oder des Erwerbsgeschäfts befinden. Selbständiger Besitzer ist er über seine Kleidung, seine eigenen Gerätschaften. Anders natürlich, wenn ihm die Kleidung nur zur Benutzung vom Prinzipal übergeben

worden ist, wie dem Hotel-, dem Panoptikumsportier die Uniform. Ebenso das Bettzeug, die Arbeitsgegenstände, Essbestecke u. s. w., die dem Personal zum Gebrauche überlassen sind, stehen im Besitze des Herrn. Hier ist an keinen besonderen Leihevertrag oder Miete zu denken, es müsste denn gerade eine entgeltliche Vereinbarung getroffen worden sein, wonach der Besitzdiener für die Überlassung einen bestimmten Betrag zu bezahlen hat. Z. B. der Prinzipal lässt dem Hausburschen einen ordentlichen Anzug machen, wofür ihm für die Abnutzung bei seinem Wochenlohne jedesmal 50 Pfennige in Abrechnung gebracht werden, bis der Anzug bezahlt ist. Hier ist dann der Hausbursche selbständiger Besitzer. Am besten lässt sich der Unterschied nachweisen an folgendem Beispiel. Die Kurverwaltung eines Badeortes hat bequeme transportable Stühle für den Kurpark angeschafft, welche sie unentgeltlich den Kurgästen zur Verfügung stellt, mit Ausnahme von solchen Tagen (z. B. Dienstag und Donnerstag), an welchen Concert im Kurparke stattfindet. Will an diesen Tagen der Stuhl benutzt werden, dann muss eine Mietgebühr von zwanzig Pfennigen dafür bezahlt werden. Nimmt nun Montags, an welchem Tage kein Concert stattfindet, ein Kurgast einen solchen Stuhl in Empfang und setzt sich damit an ein schattiges Plätzchen, so wird er zum unselbständigen Inhaber, zum Besitzdiener. Empfängt er nun Dienstags (Concerttag) einen Stuhl gegen zwanzig Pfennige Gebühr, so wird er selbstständiger Besitzer, weil er durch den Mietvertrag auf Zeit zum Besitze berechtigt ist.

Mit Hülfe der Civilprozessordnung ist ein weiterer Fall der Besitzdienerschaft nachzuweisen. Zu diesem Zwecke ziehen wir § 897 der C. P. O. (in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898) heran. „Ist der Schuldner

zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache verurteilt, so gilt die Übergabe der Sache als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung wegnimmt.“ Unter Übergabe wird allgemein die Verschaffung des Besitzes verstanden, wie es die Motive zum Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches S. 334 Nr. 3 zeigen. Dieser Besitz ist der unmittelbare, die thatsächliche Gewalt über die Sache, nicht ist darunter die Übertragung des mittelbaren Besitzes zu verstehen.*) Ist also nach § 897 C. P. O. die Sache zum Zwecke der Ablieferung durch den Gerichtsvollzieher dem Schuldner weggenommen, so ist von diesem Augenblicke an der Gläubiger als unmittelbarer Besitzer zu behandeln. Warum sollte denn auch hier nicht derselbe Vorgang stattfinden, wie beim Prokuristen, der den an den Prinzipal adressierten Brief in Empfang nimmt und dadurch dem Prinzipal unmittelbaren Besitz an dem Briefe erwirbt, obwohl sich der Prinzipal vielleicht augenblicklich in Spanien aufhält? Der Gerichtsvollzieher ist hier eine Person im Sinne des § 855 B. G. B.; er übt zwar nicht die thatsächliche Gewalt im Haushalte oder Erwerbsgeschäfte des Gläubigers aus, aber seine Stellung fällt doch unter das diesen Verhältnissen „ähnliche Verhältnis“, da er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen Folge zu leisten hat, er wird zum Besitzdiener. Auch stimmt die Stellung des Gerichtsvollziehers mit den Erläuterungen des Prot. 3341 überein, welches als Kennzeichen des Besitzdieners hervorhebt, dass ihm gegen den Besitzherrn kein Retentionsrecht für etwaige Auslagen zusteht. Der Gerichtsvollzieher kann gegen den Gläubiger kein Retentionsrecht ausüben, da die Kosten der Zwangsvollstreckung nach § 788 C. P. O.

*) Biermann, Kommentar zum brgl. Gesetzb. S. 72: „Übergabe ist jeder Erwerb des Besitzes durch den Erwerber, ohne Unterschied, ob der Besitz gemäss § 854 Abs. 1 oder gemäss § 854 Abs. 2 erworben wird.“

dem Schuldner zur Last fallen und mit der Zwangsvollstreckung eingetrieben werden.

Demselben Gesichtspunkte unterliegen die Vorstände und Geschäftsführer der juristischen Personen (Korporationen, Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung u. s. w.). Diese erwerben auch nur für die Gesellschaft und sind dabei von den Weisungen anderer Organe (Generalversammlung etc.) abhängig. Sie sind für die Gesellschaft nur Besitzdiener und die Gesamtheit der Gesellschafter ist der eigentliche Geschäftsherr.*) Daher üben sie im Sinne des § 855 die thatsächliche Gewalt im Erwerbsgeschäfte der Gesellschaft für diese aus.**)

Endlich lässt sich noch ein Fall der Vertretung beim Erwerbe des unmittelbaren Besitzes von geringerer Bedeutung konstruieren. Aus § 854 Abs. 2 des B. G. B. in Verbindung mit § 164 B. G. B. lässt sich eine Stellvertretung im Besitzerwerbe herausfinden, ohne dass der Stellvertreter in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu stehen braucht, aber nur eine Stellvertretung in der Besitzerwerbserklärung. Der § 854 Abs. 2 besagt, dass die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zum Erwerbe genügt, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Dadurch, dass das Gesetz nicht genau ausdrückt, worüber die Einigung der Parteien sich erstrecken soll, kann kein Missverständnis entstehen; denn aus dem Zusammenhange des ganzen Paragraphen ergiebt sich, dass die Einigung über den Besitzübergang gemeint ist. Diese Einigung soll also einen rechtlichen Erfolg nach sich

*) Cosack, Handelsrecht, IV. Auflage, S. 685, 3 a.

**) Siehe Dernburg, bürgerl. Recht, Seite 49: „Nicht Besitzer, sondern blosse Besitzgehülfen sind dagegen Vorstände einer Korporation, einer Aktiengesellschaft . . . . . , da alle diese Personen äusserlich erkennbar nicht für sich besitzen und den Anweisungen anderer Gesellschaftsorgane Folge zu leisten haben.“

ziehen, so, dass der bisherige Besitzer nicht mehr Besitzer, wohl aber der Erwerber es sein soll, daher wie Strohal, Sachbesitz, I. Aufl. Seite 81 sagt, „ein Vertrag im technischen Sinne des Wortes“. *) Wenn nun diese Einigung des § 854 Abs. 2 ein Vertrag im Sinne des B. G. B. ist, so kann man auch auf diesen Paragraphen die Bestimmungen über Rechtsgeschäfte zur Anwendung bringen. Ziehen wir daher § 164 Abs. 1 heran, worin die im Namen des Vertretenen innerhalb der Vertretungsmacht abgegebene Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt, so ergiebt sich, dass der Vertretene, wenn er in der Lage ist die Gewalt über die zu besitzende Sache auszuüben, Besitzer wird, sobald der Vertreter die Einigung durch die Willenserklärung zustande bringt.

b) Des mittelbaren Besitzes.

§ 10.

Das B. G. B. kennt, wie oben schon betont, neben der selbständigen Innehabung (unmittelbarer Besitz) noch eine weitere Art von Besitz, den mittelbaren. Dieser mittelbare Besitz, der uns in § 868 B. G. B. genannt wird, liegt dann vor, wenn der zum Besitze Berechtigte durch einen andern als Mittel den Besitz ausüben lässt. **) Wo also immer von mittelbarem Besitze geredet wird, sind zwei Besitzverhältnisse vorhanden, unmittelbarer Besitz, der durch die Berechtigung oder Verpflichtung zur selbständigen Innehabung auf Zeit einem dritten gegenüber entsteht, und mittelbarer, der das Verhältnis eben dieses dritten zum unmittelbaren Besitzer bezeichnet. Wird

*) Strohal, Sachbesitz, S. 82: „Hieran darf auch nicht irre machen, dass das Gesetz in unserm Falle die Verwendung des Ausdruckes „Vertrag“ vermeidet und nur von Einigung redet; denn dies thut das Gesetz bei den auf sachenrechtliche Wirkungen abzielenden und den auf der „Einigung“ der Parteien beruhenden Rechtsgeschäften geradezu überall.“

**) Siehe Matthiass a. a. O. § 3, A 2, B 1 b.

eine Wohnung vermietet, so ist der Mieter unmittelbarer, der Vermieter mittelbarer Besitzer.

Die Personen des § 868 B. G. B. — Besitzmittler — sind: Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer und alle, die in einem ähnlichen Verhältnisse stehen, vermögedessen sie einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet sind (Zeitbesitzer).

Alle diese Personen müssen, um den Andern zum mittelbaren Besitzer machen zu können, selbst den unmittelbaren Besitz der Sache erlangt haben, es wird also beim mittelbaren Besitz immer unmittelbarer vorausgesetzt. Demnach beruht der mittelbare Besitz nicht wie Bartels glaubt auf einer Fiktion, sondern auf der thatsächlichen Gewalt des Besitzmittlers. Meistens wird der Besitz dem unmittelbaren Besitzer durch den zum mittelbaren Besitzer Werdenden durch ein vorhandenes oder entstehendes Rechtsverhältnis überlassen, und zwar kann dieses Überlassen im Interesse des mittelbaren oder des unmitelbaren Besitzers geschehen; im Interesse des mittelbaren, wenn er wegen Kriegs- oder anderer Gefahr wertvolle Gegenstände einem dritten zur Aufbewahrung übergibt, im Interesse des unmittelbaren beim Niessbrauch, bei der Miete, Pacht u. s. w.

Der § 868 benennt uns demnach die Personen, welche als Stellvertreter gleichsam die Mitherrschaft über die Sache beanspruchen. Dabei ist vorauszusetzen, dass der unmittelbare Besitzer (Mieter, Pächter etc.) als thatsächlicher Stellvertreter des mittelbaren Besitzers auftritt, dass er die thatsächliche Gewalt über die Sache für den mittelbaren Besitzer ausübt.

Nicht aber nur durch Überlassen des Besitzes kann der mittelbare Besitz entstehen, sondern er kann auch originär durch den Besitzmittler erworben werden. Endemann, Stud. des brgl. Gesetzbuches, S. 126 ist wohl anderer Ansicht: „Ein mittelbarer Besitz kann überhaupt

nicht originär aus der Handlung des Besitzergreifens entstehen", ein Satz, den er auf Seite 162 a. a. O. selbst einschränkt. Wie würde es denn auch mit denjenigen Sachen stehen, die der Pächter oder der Niessbraucher während der Pachtzeit oder der Nutzung neu erworben und dem Inventar einverleibt hat? Über sie könnte der Verpächter keinen mittelbaren Besitz erwerben, er könnte sie niemals, wenn sie durch verbotene Eigenmacht nach § 869 B. G. B. abhanden gekommen sind, zurückfordern. Auf den Pächter könnte nicht § 986 B. G. B. zur Anwendung gebracht werden, wonach er die Herausgabe der Sache verweigern kann, wenn der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigentümer dieser Sache gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Wenn der Verpächter zur Probe vielleicht eine Dreschmaschine für sein Gut mietet, und dieselbe von dem Vermieter auf das Gut geschafft wird, so könnte dem Pächter jederzeit der Eigentümer die Maschine mit der Eigentumsklage zurückfordern, wenn der Pächter sich nicht auf die Einrede des Verpächters berufen könnte.

Der Verpächter eines mit Inventur verpachteten Gutes wird mittelbarer Besitzer jeder Kuh, jedes Wagens, jeder sonstigen zum landwirtschaftlichen Betriebe nötigen Gerätschaften, sobald der Pächter diese Gegenstände dem Inventar einverleibt, da der Verpächter Eigentümer dieser Sachen wird (§ 588 B. G. B.). Derselbe Vorgang findet beim Niessbrauch statt, wenn der Niessbraucher die neuangeschafften Gegenstände zum Inventar bringt.

Nach Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, Seite 60, fällt ferner der Beauftragte unter die Kategorie der Besitzmittler, da er nach § 273, Abs. 2 B. G. B. zum zeitweiligen Besitze der Sache berechtigt ist. Kniep lässt nicht so ohne Weiteres den mittelbaren Besitz auf Seite des Auftraggebers eintreten, besonders nicht, wenn der Beauftragte in eigenem Namen kaufe oder kaufen sollte, wie der Einkaufskommissionär, da der Verkäufer,

weil er nichts von dem Auftragsverhältnisse weiss, die Sache an den Käufer nicht in der Absicht übergibt, um sie an einen andern herauszugeben. Er lässt aber sofort den mittelbaren Besitz beim Auftraggeber entstehen, wenn über das Vermögen des Einkaufskommissionärs der Konkurs ausbricht. Bartels bei Gruchot, Jahrg. 42, S. 672 lässt den mittelbaren Besitz schon dann eintreten, wenn „die spezialisierte Einkaufsanzeige, die dem Kommissionär pflichtgemäss obliegt, abgegeben ist, vorausgesetzt, dass sie dem Kommittenten zugeht.“ Abgesehen von diesem Falle erwirbt der Beauftragte dem Auftraggeber den mittelbaren Besitz an denjenigen Sachen, worauf sich der Auftrag erstreckt, da er (der Beauftragte), sobald er die Sachgewalt erlangt, unmittelbarer Besitzer wird. *)

Hat eine freiwillige Geschäftsbesorgung im Sinne der gemeinrechtlichen negotiorum gestio stattgefunden, so wird derjenige, für welchen das Geschäft besorgt worden ist, zum mittelbaren, der Geschäftsbesorger zum unmittelbaren Besitzer. Z. B.: In das Häuschen meines Nachbars schlägt, während er auf einige Zeit verreist ist, der Blitz ein und steckt dasselbe in Brand. Ich rette aus dem brennenden Häuschen noch, was zu retten ist und bringe es bei mir unter, bis der Abwesende heimkehrt. Durch diese Handlung mache ich mich zum unmittelbaren und den abwesenden Nachbar zum mittelbaren Besitser.

Vor allem gehören auch die gesetzlichen Vertreter hierher, wie Vormund, Pfleger, Testamentsvollstrecker und in einigen Fällen der Konkursverwalter. Diese erwerben für sich innerhalb ihrer Thätigkeit den unmittelbaren Besitz, für den Vertretenen aber nur mittelbaren. Sie fallen nicht unter die Kategorie der Besitzdiener, sie stehen in keinem Abhängigkeitsverhältnisse zum Ver-

*) Siehe Kniep a. a. O., S. 155 fg. u. S. 235 fg.; Grünhut, Recht des Kommissionshandels, S. 216.

tretenen, haben nicht den Weisungen desselben zu folgen. Was diese Vertreter für den Vertretenen erwerben, geht in ihren Besitz und in ihre Verwaltung.*)

Der Mündel erlangt durch Erwerb des Vormundes keine Verfügungsgewalt über die erworbenen Sachen. Es können zwar einzelne Verhältnisse eintreten, wo dem Bevormundeten selbständiger Besitz zusteht z. B. beim minderjährigen Studenten; er hat in der Universitätsstadt Besitz an seinen Büchern, Zeugnissen, Kleidern u. s. w. Die andern Sachen, wie das Vermögen, befinden sich in der thatsächlichen Gewalt und Verwaltung des Vormundes. Der Mündel ist nur mittelbarer Besitzer über seine Vermögensgegenstände.

Fast die gleiche Stellung wie der Vormund hat der Pfleger. Er erwirbt für sich den unmittelbaren und unter den gewöhnlichen Verhältnissen für den Vertretenen den mittelbaren Besitz. Ist jedoch ein Pfleger bestellt worden, um das Vermögen eines Abwesenden in Verwaltung zu nehmen (§ 1911 B. G. B.) oder ein Nachlasspfleger eingesetzt worden (§ 1960 B. G. B.), so ist, wie Kniep a. a. O., § 18, Nr. 12 b behauptet und dessen Ansicht der Verfasser sich anschliesst, der mittelbare Besitz möglicherweise ein bloss bedingter, da der Abwesende schon längst gestorben oder die Erbschaft von den zunächst Berufenen nicht angenommen werden kann.

Der Testamentsvollstrecker ist ebenfalls als ein Besitzmittler anzusehen. Nach § 2205 B. G. B. nimmt er den Nachlass für den Erben in Besitz und hat das Recht,

*) Strohal, a. a. O., S. 15: „Eine dritte Gruppe von Besitzern wird durch diejenigen selbständigen Inhaber gebildet, welche zwar nicht zu eigenem Vorteil, zu eigenem Nutzen, aber aufgrund eines von ihnen in Anspruch genommenen und zum Zweck der unparteiischen Wahrung gegensätzlicher Interessen mehrerer Beteiligten auszuübenden Verwaltungsrechts besitzen. Besitzer in diesem Sinne ist z. B. der nach §§ 1052, 1217 gerichtlich bestellte Verwalter, Verwahrer, der Testamentsvollstrecker . . . . . der Konkursverwalter."

über die Nachlassgegenstände zu verfügen. Zwar könnte hier § 857 B. G. B. entgegengehalten werden, wonach der Besitz auf den Erben übergeht. Jedoch ist dieser Paragraph beim Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers nicht anwendbar, da der Testamentsvollstrecker dieselbe Stellung einnimmt, wie der Ehemann in § 1373 B. G. B. Dieser kann auch gegen den Willen der Frau die zum eingebrachten Gute gehörigen Sachen in Besitz nehmen (Bericht der Reichstagskommission, Gutentag, S. 245).

Nach § 107 der K. O. hat der Konkursverwalter das gesamte zur Konkursmasse gehörige Vermögen sofort nach Anmeldung zum Konkurse oder bei der Zahlungseinstellung in Besitz und Verwaltung zu nehmen, er erlangt also den unmittelbaren Besitz. Bei diesem Verfahren müsste man das Empfinden haben, als ob auch jemand den mittelbaren Besitz erhalten würde. Dabei können nur inbetracht kommen die Konkursgläubiger und der Gemeinschuldner. Letzterer kann unter den gewöhnlichen Verhältnissen keinen mittelbaren Besitz haben, da die zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände auch gegen seinen Willen versilbert werden und er nichts zu fordern hat. Sollte jedoch der Fall eintreten, dass bei einer Verteilung oder bei einem Zwangsvergleiche noch etwas übrig bleibt, so hat der Gemeinschuldner darauf Anspruch und demnach auch den mittelbaren Besitz, so lange die Sachen noch in den Händen des Konkursverwalters sind. Danach ist der mittelbare Besitz des Gemeinschuldners ein bedingter, der dann zum unbedingten wird, sobald in diesen Fällen noch etwas für ihn übrig bleibt.

Ebenso kann den Konkursgläubigern kein mittelbarer Besitz zustehen; denn wenn wir von jeder anderen Stellung der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses dem Konkursverwalter gegenüber absehen, so geht schon aus der Anwendung des § 869 B. G. B.

hervor, dass die Gläubiger keinen mittelbaren Besitz haben können. Nach den Bestimmungen dieses Paragraphen müssten den Gläubigern, im Falle sie mittelbare Besitzer der Konkursmasse wären, das Recht zustehen, Klage zu erheben, wenn der Masse durch irgend eine Person Besitz entzogen würde. Dazu ist aber nur der Konkursverwalter berechtigt, wenngleich er auch der Genehmigung des Gläubigerausschusses unterstellt ist.

Wir sehen also, dass der Konkursverwalter, abgesehen von den beiden angeführten Beispielen, die aber so leicht nicht eintreten werden, nicht unter § 868 B. G. B. zu bringen ist.

Sehr bestritten ist, ob der Finder einer Sache dem Verlierer den mittelbaren Besitz erwirbt. Der Finder wird, wenn er die Sache an sich nimmt, unstreitig unmittelbarer Besitzer. Ist der Finder des Gegenstandes als Vertreter des Verlierers zu betrachten, hat er z. B. den Auftrag, die Sache aufzusuchen, so stimmen alle dahin überein, dass der Verlierer mit dem Auffinden mittelbarer Besitzer wird. Ob er aber auch dann mittelbarer Besitzer wird, wenn jemand die Sache zufällig auffindet, darüber wird gestritten.*) Strohal, S. 25 ist, da bei einseitigen Rechtsgeschäften Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig sei, der Ansicht, dass „der nicht mit Vertretungsmacht für einen andern Empfangsberechtigten ausgestattete Finder für jenen unmöglich schon sofort mit der Ergreifung der gefundenen Sache mittelbaren Besitz begründen könne." Die Begründung Strohals für seine ablehnende Meinung ist aber nicht ausreichend. Darauf weisst mit Recht Leonhard (S. 72) hin, indem er sagt, „dass § 868 B. G. B. zum mittelbaren Besitze nicht eine Vollmacht verlangt, sondern

*) Siehe Wendt, Arch. f. civ. Pr., Bd. 87, S. 62 fg.; Bartels in Gruchots Beiträgen; Strohal, a. a. O., S. 24 fg.; Endemann, a. a. O., S. 16; Biermann, a. a. O., S. 19; Leonhard, a. a. O., S. 71 fg.; Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 7, Anm. 15; Dernburg, bürgerl. Recht, B. 3, § 20.

vielmehr ein Verpflichtungsverhältnis, wie etwa einen Auftrag. Wer mit Vollmacht, aber ohne Auftrag Besitz erlangt, kann den Vollmachtgeber nicht zum Besitzer machen."

Bei § 868 B. G. B. entsteht nach Strohal mittelbarer Besitz, wenn dem Besitzmittler eine Sache anvertraut ist. Dieses Anvertrauen fasst Leonhard nicht wörtlich, sondern nur dahin auf, dass der Besitz von dem mittelbaren Besitzer und auf dessen Kosten an den Besitzmittler gekommen sein muss. Wenden wir diese Auffassung auf unsern Finder an, so kommen wir zu dem Resultate, dass das Verhältnis zwischen Finder und Verlierer zu den in § 868 B. G. B. angeführten ähnlichen Verhältnissen gehört, dass also der Finder Besitzmittler ist; denn er hat den unmittelbaren Besitz durch das Verlieren von dem Verlierer und auf dessen Kosten erhalten und ist zu diesem Besitze auf Zeit berechtigt. Der Finder erwirbt also dadurch, dass er die Sache an sich nimmt, den mittelbaren Besitz.

Das Verhältnis des mittelbaren Besitzes setzt selbstverständlich voraus, dass ein Berechtigter (Verlierer) vorhanden ist und ist somit von diesem Umstande bedingt.

Diese Bestimmungen finden natürlich nur Anwendung auf den redlichen Finder, da der unredliche nicht als Inhaber des Verlierers betrachtet werden kann, weil er nicht die Absicht hegt, die Sache an den Berechtigten zurückzugeben.

Ein letzter Fall des Erwerbs mittelbaren Besitzes durch einen Stellvertreter leitet sich aus § 870 B. G. B. ab. Nach demselben kann der mittelbare Besitz dadurch erworben werden, dass man sich den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtreten lässt. Diese Abtretung ist ein Vertrag (§ 398 B. G. B.), also ein Rechtsgeschäft, und hierbei ist nach allgemeiner Regel Stellvertretung zulässig (§ 164 B. G. B.). Da man sich also bei Erwerb des Anspruchs auf Herausgabe der Sache eines

Vertreters bedienen kann, so kann man den mittelbaren Besitz der Sache durch einen Stellvertreter erwerben. Nur einen besonderen Anwendungsfall der Regel des § 870 B. G. B. haben die §§ 424, 450, 647 des Handelsgesetzbuches vor Augen. Bei Ausstellen eines Lagerscheines, Ladescheines oder Konnossements ist der Lagerhalter, Frachtführer und Schiffer unmittelbarer Besitzer. Der Empfänger dieser Papiere wird mittelbarer Besitzer. Der Stellvertreter im Besitz muss hier so verfahren, dass er das Papier auf den von ihm Vertretenen indossieren lässt und dasselbe für seinen Herrn in Empfang nimmt.

C. Schluss. Ergebnis.

§ 11.

Bei der kurzen Lebenszeit des B. G. B. und der damit zusammenhängenden Spärlichkeit der Litteratur kann nicht behauptet werden, dass die hier gewonnenen Resultate eine in allen Fällen erschöpfende Darstellung der behandelten Fragen geben. Die Darstellung macht nur den Anspruch, aufgrund des bis jetzt vorhandenen Materials und der bis jetzt aufgetauchten Fragen eine wissenschaftliche Darstellung der Stellvertretung im Besitzerwerbe und der Besitzerhaltung gegeben zu haben, aufgrund deren es nach der Ansicht des Verfassers nicht schwer halten dürfte, in den meisten Fällen den Auffassungen des Verkehrs und des Lebens gemäss ex aequo et bono zu entscheiden.